

L'hypothèse de l'américanisation de l'institution judiciaire

Marie-Dominique TRAPET

Juge au Tribunal de Grande Instance de Paris

RÉSUMÉ. — Illustrant son propos d'exemples pris dans les textes législatifs récents, l'auteur souligne qu'en France la fonction juridictionnelle reste strictement délimitée et que rien ne laisse présager un mouvement vers un gouvernement des juges.

Le Professeur Loïc Cadiet vient de nous en convaincre : la question de l'américanisation de l'institution judiciaire ne peut véritablement, en l'état de l'évolution de notre droit, être présentée que comme une hypothèse, une hypothèse non vérifiée dans la matière qui nous occupe.

Parfaitement harmonieuse, la composition qui vient de nous être proposée n'avait pas besoin d'un accompagnement. La partition se suffisait à elle-même. Il avait pourtant été prévu d'y ajouter quelques portées. Voici donc ces quelques notes, bien modestes, qui n'auront pas de mal à se situer en contrepoint de celle de l'éminent universitaire qui vient de s'exprimer.

Aucune dissonance n'apparaîtra dans cet accompagnement, qui se voudrait une illustration, par un praticien du droit, de ce que si danger il y a au regard de l'institution judiciaire, il ne vient pas d'outre-Atlantique.

Dans le programme de cette journée, il est question de « l'institution judiciaire » au singulier. Cela signifie, me semble-t-il, qu'il n'est pas question pour moi de prétendre traiter ici - ce ne serait au demeurant pas sérieux, compte tenu du temps limité qui m'est imparti - des institutions judiciaires, au pluriel, c'est-à-dire de tout « ce qui est relatif à l'administration de la justice » (Litttré).

Ce n'est donc pas dans son sens le plus large - qui correspond à son sens étymologique - qu'il faudra comprendre, ici, le mot « judiciaire ». L'institution judiciaire sera entendue en son sens le plus restreint. J'exclurai ainsi délibérément de mon propos ce qui concerne les juridictions de l'ordre administratif et, au sein même de l'ordre judiciaire, je n'inclurai pas les juridictions répressives, puisque le Professeur Jean Cedras a déjà savamment abordé et illustré la question procédurale du côté du procès pénal.

Je ne parlerai pas davantage du personnel judiciaire ni des auxiliaires de justice ¹, dont il va être largement question cet après-midi à travers les interventions éclairées de Messieurs John Riggs et Éric Allain.

Pour le praticien du droit qu'est le magistrat, que peut évoquer l'hypothèse de l'américanisation de l'institution judiciaire ? Pour examiner à mon tour la réaction à l'hypothèse de l'américanisation de l'institution judiciaire, sur quel matériel vais-je donc pouvoir travailler ?

Vous l'avez compris, de par les thèmes que j'ai dû exclure de mon propos, il ne me reste plus qu'à envisager l'institution judiciaire sous l'angle de la justice civile, plus précisément encore, du procès civil. Dès lors, je m'appuierai essentiellement sur le nouveau Code de procédure civile et sur le Code de l'organisation judiciaire.

Il me faut encore préciser que les limites de mon intervention m'imposent de renoncer à mener une étude de procédure comparée, laquelle dépasserait au demeurant assez largement le champ de ma compétence.

Je partirai du postulat que l'américanisation du droit correspond à une « offensive intellectuelle » tendant à « substituer le juge au législateur dans la révélation du droit », pour reprendre la formulation due à la plume du Professeur François Terré ².

Si j'emprunte un instant le regard du sociologue, il me semble que la guerre n'est pas encore déclarée à la France sur le terrain de l'institution judiciaire.

Que des juges du fond français en appellent - dans des affaires certes délicates mais tellement marginales - aux services d'un *amicus curiae* ne me paraît pas porter gravement atteinte aux droits du ministère public, porte-parole traditionnel, en France, de l'intérêt public ³.

Que des groupements de personnes de plus en plus nombreux (associations, syndicats, collectivités locales et autres groupements) aient désormais accès à l'enceinte judiciaire, non seulement en matière pénale mais encore en matière de protection des consommateurs ou de l'environnement, ne m'inquiète pas non plus outre mesure.

En effet, indépendamment du fait que ces interventions n'augmentent pas de manière significative le nombre des procès ⁴, elles se heurtent à la réticence des juges de permettre à des associations de battre monnaie à travers les procédures. L'absence habituelle de générosité des juges français - qui traduit souvent leur agacement voire leur exaspération devant cette intervention à la procédure - pourrait dissuader certains groupements d'engager des frais devant le tribunal où ils n'espèrent plus obtenir autre chose que le franc symbolique de dommages-intérêts, outre une obole au titre des frais irrépétibles.

¹ Pour une approche sommaire et au demeurant confuse de cette question en raison d'une absence de distinction entre le droit anglo-saxon en général et le droit des États-Unis, cf. Antoine Garapon, « Rituel français, rituel américain », chapitre VII, p. 149-177, in *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob « Opus, sciences humaines », 1997.

² François Terré, « L'américanisation et le droit français », in *Philosophie politique*, 7, *Les États-Unis*, Paris, PUF, 1995, p. 138.

³ Sur cet exemple d'« infiltration singulière » d'américanisme dans notre droit, *contra*, cf. F. Terré, *art. préc.*, p. 141.

⁴ Puisque la plupart du temps, ces organismes ne font qu'intervenir dans le cadre d'affaires dont ils n'ont pas pris eux-mêmes l'initiative.

La libéralisation des actions en justice dans un intérêt collectif demeure en l'état trop modeste pour inciter à agir des groupements qui ne peuvent au surplus bénéficier de l'aide juridictionnelle⁵.

Nous sommes loin de ce qui se passe aux États-Unis où les juges n'hésitent pas à accorder des dommages-intérêts à caractère punitif, estimant que les litiges individuels permettent de discipliner les marchés⁶.

Quelques affaires médiatiques pourraient donner l'impression à nos concitoyens d'une contamination de notre pratique judiciaire par celle des États-Unis. Il apparaît d'ailleurs hautement probable que le « modèle » américain ait inspiré la Caisse Primaire d'Assurance Maladie qui a pris l'initiative de rechercher la responsabilité de la SEITA pour tenter d'obtenir la prise en charge par le fabricant de cigarettes des prestations servies aux fumeurs invétérés atteints d'une « longue maladie », comme l'on dit pudiquement au jour de leur mort.

Mais le Professeur Cadiet vient d'en apporter, chiffres à l'appui, la démonstration ; la frénésie procédurière que l'on rencontre aux États-Unis n'a pas encore atteint la France. Nos juridictions - si elles voient le contentieux augmenter de façon significative dans de nombreux domaines - ne sont pas encore engorgées par des actions en responsabilité telles que celles qui envahissent les tribunaux d'outre-Atlantique.

La liturgie procédurale française, il est vrai, n'a rien d'hollywoodien.

À la différence de ce qui se passe aux États-Unis d'Amérique, les règles françaises en matière de compétence territoriale⁷ demeurent strictes : le justiciable français ne choisit pas son juge.

Le justiciable américain, au contraire, a tout loisir de profiter de l'extrême souplesse des règles de compétence territoriale pour engager sa procédure là où il pourra prétendre à l'indemnisation la plus élevée de son préjudice. Il faut dire que le double niveau de souveraineté, qui s'explique par la coexistence d'un gouvernement fédéral et de cinquante gouvernements d'États fédérés, favorise la surenchère - peu digne de justice - à laquelle se livrent les États pour répondre aux attentes des électeurs⁸.

⁵ Sur cette question, cf. Loïc Cadiet, « Le spectre de la société contentieuse », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu, Droit civil, procédure, linguistique juridique*, textes réunis et publiés par Jean Beauchard et Pierre Couvrat, Paris, PUF, 1994, p. 38 et les références citées en note 37.

⁶ Ainsi, les compagnies aériennes sont condamnées à de lourds dommages-intérêts alors même que les passagers n'auraient subi aucun préjudice de devoir emprunter le vol suivant, et ce dans le seul but de décourager les transporteurs aériens de pratiquer l'*overbooking*. Cf. André Tunc, « L'empire du droit », in *Le Débat*, n° 30, mai 1984, p. 128.

⁷ Cf. les articles 42 à 52 du nouveau Code de procédure civile et les nombreuses dispositions du Code de l'organisation judiciaire relatives à la détermination de la compétence de la compétence territoriale de la Cour d'appel (article R. 212-2), du tribunal de grande instance (article R. 311-6) et du tribunal d'instance (articles R.321-24 à R.321-30).

⁸ Le schéma de l'organisation judiciaire aux États-Unis se trouve compliqué par la coexistence sur le continent nord-américain de deux hiérarchies de juridictions.

Chaque État possède son organisation judiciaire propre, avec une grande variété de juridictions au sommet desquelles se trouve une Cour suprême de l'État.

À côté - ou : au dessus (puisque le droit fédéral l'emporte sur le droit des États) - de ces justices étatiques, on trouve les juridictions fédérales, composées, pour l'essentiel, de cours de district, de cours fédérales d'appel avec, au sommet, la très puissante Cour suprême des États-Unis d'Amérique (la *US Supreme court*).

Plutôt que d'en rester à des « clichés », je me fixe comme objectif de vérifier, au regard des principes directeurs du procès civil qui guident notre pratique française⁹, que nous ne sommes pas à la veille de voir le juge « substituer le législateur dans la révélation du droit ». Notre attention devra évidemment se fixer sur l'office du juge.

Le rôle du juge a naturellement évolué depuis Montesquieu qui, dans *l'Esprit des Loïs*, rappelait que les jugements ne devaient jamais être qu'« un texte précis de la loi », les juges n'étant que « la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur », la « puissance de juger » étant « en quelque façon nulle »¹⁰. Magistrat lui-même, Montesquieu avait pourtant exalté « la puissance de juger, si terrible parmi les hommes »¹¹...

Le juge se trouve désormais sollicité non plus seulement d'être un diseur de droit – ce qui correspond à sa mission première – voire de dire le juste, mais encore de communiquer, de concilier, de médiatiser, de se rapprocher du justiciable tout en gardant ses distances.

Sans doute la figure du juge est-elle plus familière à nos concitoyens qu'elle ne l'était autrefois. Il reste pourtant que, dans la très grande majorité des affaires, la justice est rendue de manière quasi-anonyme¹², et que l'homme de la rue ne connaît guère qu'une dizaine de juges par leur nom, le plus souvent d'ailleurs parce que ces magistrats ont été amenés à intervenir dans des dossiers qui ont fait l'objet d'une particulière médiatisation¹³.

La lecture des textes consacrés au juge par le nouveau Code de procédure civile suffirait à rappeler à la modestie le juge français qui viendrait à rêver de célébrité. Dans l'esprit défini par les principes directeurs du procès, le juge est institué « veilleur ». Selon l'article 3 du nouveau Code de procédure civile, il lui appartient en effet d'appliquer toute son attention « au bon déroulement de l'instance » introduite par les

L'activité des juridictions fédérales est bien moindre, d'un point de vue quantitatif, que celle des juridictions étatiques (la très grande majorité des affaires, dans une proportion supérieure à 90 %, est portée devant les tribunaux d'État), mais leurs décisions exercent une influence déterminante sur l'orientation du droit américain, de par l'interprétation qu'elles donnent à la Constitution des États-Unis.

⁹ Ces principes sont posés au chapitre premier du titre premier [Dispositions liminaires] du livre premier [Dispositions communes à toutes les juridictions] du nouveau Code de procédure civile issu du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975. Ce chapitre comprend les articles 1 à 24 de ce Code.

¹⁰ Montesquieu, *L'esprit des lois*, livre XI, ch. 6, « De la constitution d'Angleterre » (Éd. de La Pléiade, t. II, p. 404). Sur cette question, cf. Stéphane Rials, « L'office du juge », in *Droits*, n° 9, *La fonction de juger*, p. 3.

¹¹ Cf. Paul Ourliac, « La puissance de juger : le poids de l'histoire », in *Droits*, 1989, p. 21.

¹² Le nom des juges devant cependant, pour la validité même du jugement, figurer sur la décision rendue.

¹³ Sur les pièges de la médiatisation des affaires, cf. Simone Rozès, « Un profil nouveau pour les juges » in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 440. Sur les dangers de la personnalisation de la justice, cf. Jean-Claude Magendie, « Discours d'installation en qualité de Président du Tribunal de Grande Instance de Paris, le 28 mars 2000 », *Gaz. Pal.*, n° 126-127, p. 11 et s.

parties. Pour cela, il dispose de certains pouvoirs¹⁴, ordonnés à sa mission essentielle qui consiste à... juger.

Mais à cet égard encore, la fonction juridictionnelle est précisément délimitée. Aux termes de l'article 5, « le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ». Par ailleurs, il « ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat »¹⁵. Au surplus, « le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction »¹⁶.

On le perçoit clairement : le juge français ne fait pas la loi. Il n'est pas au-dessus d'elle. Il se trouve au contraire soumis lui-même à la loi, lui qui a reçu mission de l'appliquer. En vertu de l'article 12 du nouveau Code de procédure civile, « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». Or, notre droit demeure largement identifié à la loi, même s'il ne se réduit pas à elle.

Le droit français est issu d'un système de droit écrit. Est-il besoin d'insister encore sur ce point ? Notre tradition romano-canonique nous maintient dans cette conviction que c'est bien la loi – règle de droit édictée par le législateur de manière générale et abstraite –, qui constitue le mode normal d'expression du droit¹⁷.

Sous la V^e République, la « passion du droit » continue à s'exprimer principalement à travers la passion de la loi.

La culture juridique française – et je suis en cela en plein accord avec le Professeur Loïc Cadiet – reste à mille lieux de la culture juridique américaine, cette culture que l'on décrit comme intrinsèquement judiciaire, même si, aux États-Unis, le domaine occupé par la loi¹⁸ est plus important qu'il ne l'est en Angleterre. La France continue à manifester la suprématie du législatif – et de l'exécutif – sur le judiciaire. La Constitution de 1958 n'a-t-elle pas sonné le glas du « pouvoir judiciaire » en le réduisant – par souci d'adapter le vocabulaire à la réalité de la situation - au rang d'« autorité » ?

Pourtant, la tendance de nos gouvernants à promulguer des lois, à publier des décrets, à tout réglementer, à multiplier les circulaires, n'est pas sans conséquences sur l'activité juridictionnelle. Il n'est pas certain que l'inflation législative galopante dont nous sommes aujourd'hui les témoins attristés génère une augmentation du nombre des procès

¹⁴ Le juge « a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires » (article 3 du N.C.P.C.) ; il peut inviter les parties à fournir les explications de fait (article 8 du N.C.P.C.) ou de droit (article 13 du N.C.P.C.) qu'il estime nécessaires à la solution du litige. Il a « le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles » (article 10 du N.C.P.C.).

¹⁵ Article 7 du nouveau Code de procédure civile.

¹⁶ Article 16, alinéa 1, du nouveau Code de procédure civile.

¹⁷ Ainsi que l'écrit avec élégance Gwénaële Calvès : « C'est dans un jardin à la française que pénètre l'étudiant de première année : tout y est déjà ordonné, et les empreintes du jardinier ont été soigneusement effacées. Le droit que systématise le professeur est, à l'image du droit posé par le législateur ou appliqué par le juge, un droit paré des attributs de la nécessité et de l'incontestabilité. » Cf. « France – États-Unis : deux cultures juridiques », in *Le droit dans la société, Cahiers français*, n° 288, La Documentation française, octobre-décembre 1998, p. 29.

¹⁸ À commencer par la Constitution des États-Unis d'Amérique, texte fondamental promulgué en 1787, mais aussi ce grand texte constitutionnel que représente le *Bill of rights*, constitué des dix premiers amendements à la Constitution des États-Unis, auxquels on ajoute le « XIV^e amendement » de 1868 sur « l'égalité protection des lois ». On compte aussi de nombreuses lois non plus fédérales mais étatiques édictées par les différents États de l'Union.

civils. Tout juste crée-t-elle « dans la société plus de processivité virtuelle », comme l'observe avec malice le Doyen Jean Carbonnier¹⁹. En revanche, elle offre aux parties et au juge un « choix » plus grand de textes susceptibles de fonder leurs prétentions.

Du fait de la multiplication des textes législatifs, il était devenu plus facile que jamais au juge de statuer comme il l'entendait, tout en donnant une base légale à sa décision. Sauf à ce que les parties l'aient lié par quelque point de droit auquel elles entendaient limiter le débat²⁰, le juge pouvait choisir la règle de droit qui allait lui permettre de consacrer une solution juste à ses yeux. Il lui suffisait de respecter le principe de la contradiction, en réouvrant le cas échéant les débats pour permettre aux parties de présenter leurs observations. Mais la liberté du juge était totale lorsque les parties n'avaient donné aucun fondement juridique à leur demande. L'hypothèse n'était pas d'école, même si elle s'appuyait sur une « fausse interprétation de l'article 12 du Nouveau Code de procédure civile »²¹.

En apportant une modification à l'article 56 du Nouveau Code de procédure civile, le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 a imposé à l'avocat de préciser le fondement juridique de sa demande. L'assignation doit, en effet, contenir désormais à peine de nullité « l'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit ». En confortant par l'obligation légale d'exposer le droit « l'ardent impératif déontologique de qualifier les prétentions »²², le décret de 1998 a pour effet de restreindre l'espace de liberté qui pouvait être négligemment laissé au juge dans le choix de la règle de droit applicable²³.

Rechercher quelle peut être la source de droit invoquée pour fonder une prétention émise devant une juridiction présente un intérêt évident au regard de la question qui nous préoccupe.

¹⁹ Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e république*, Paris, Flammarion « Forum », 1996, p. 124.

Comment, en effet, garantir les droits subjectifs à l'air, à de vrais et bons parents, à la vie, au respect de la présomption d'innocence récemment reconnus à chacun ? De tels droits ne peuvent être judiciairement protégés comme tels. Quelle est la consistance du « droit au logement » décrété par la loi du 6 juillet 1989 ? Aucun « sans domicile fixe » ne pourra obtenir, en invoquant ce texte, un lieu où reposer la tête. Quant au droit de l'enfant de « connaître ses parents [...] et d'être élevé par eux », affirmé par la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, il n'a guère de réalité concrète que dans les familles unies et sans histoires. Quelle possibilité peut avoir un enfant dont la mère a décidé d'accoucher sous X à invoquer ce droit à connaître ses parents ? À l'évidence, pour s'apparenter à des chimères, de tels droits subjectifs ne peuvent guère engendrer que des procès... virtuels.

²⁰ Pour les seuls droits dont elles ont la libre disposition. Cf. art. 12 du Nouveau Code de procédure civile.

²¹ Georges Bolard et Georges Flècheux, « L'avocat, le juge et le droit », *D*, 1995, chron., p. 221.

²² Serge Guinchard, « L'ambition d'une justice civile rénovée : commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 », in *D*, 1999, chron. p. 68.

²³ Toutefois, le juge garde le contrôle de l'exactitude de la qualification et du fondement juridique donné par les parties à leurs prétentions. Il peut toujours – c'est même son devoir – relever d'office les moyens de pur droit, sauf à respecter le principe de la contradiction. Cf. art. 12 et 16 du nouveau Code de procédure civile.

Le plus souvent, c'est une loi qui sera invoquée, ou encore un texte procédant du pouvoir réglementaire. L'importance du *corpus* législatif offre des possibilités infinies aux justiciables. Mais les prétentions soumises au juge peuvent aussi s'appuyer sur d'autres fondements « juridiques ».

À côté des innombrables arrêts rendus par la Cour de cassation au visa d'un texte légal, l'invocation par la Haute juridiction d'un grand principe de notre droit – privé de traduction légale –, ou d'un adage²⁴, reste très marginale.

Nous voudrions souligner ici que la Cour suprême refuse le visa d'un adage lorsque la règle qu'il exprime a fait l'objet d'une codification. Ainsi, dans un arrêt du 26 mars 1996, après avoir rappelé l'adage « En fait de meubles, possession vaut titre » cité par l'avocat aux Conseils, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a tenu à manifester sa préférence pour le texte légal édicté par l'article 2279 du Code civil²⁵, sans au demeurant accorder à la maxime le respect dû à son âge²⁶.

Aussi attentive à la formulation des décisions publiées par la Cour de cassation qu'au problème de droit concerné, la doctrine a cru déceler le recours à « de nouveaux types de visas », renvoyant à « des principes généraux du droit très prétorienement formulés »²⁷.

Qu'en est-il de l'ampleur de ce phénomène ? La question nous semble d'importance dès lors que la création de principes « prétoriens » pourrait trahir une forme d'américanisation de notre droit.

Il n'existe pas, à notre connaissance, de répertoire des principes généraux du droit, ceux-là même qui sont reconnus par les nations dites civilisées, et que le Doyen Cornu définit dans son *Vocabulaire juridique* comme les « principes communs aux ordres juridiques internes et à l'ordre international »²⁸ et au nombre desquels il cite la bonne foi, l'abus de droit, l'enrichissement sans cause, l'autorité de chose jugée, l'égalité des parties à une instance.

En toute hypothèse, ces principes – à valeur légale – ont bien souvent une traduction légale en droit français. Pour utiliser un vocabulaire motulskien, la « présupposi-

²⁴ Sur l'utilisation des adages par la Cour de cassation, cf. Marie-Aleth Trapet, *Les adages, souvenirs d'enfance du droit*, thèse de doctorat ès lettres, dactylographiée, Paris, 1998, p. 207-209.

²⁵ Cf. Cass. Com., 26 mars 1996 [n° de décision : 49600657].

²⁶ Nous tenons de Merlin l'aveu de ce que « le principe était universellement reconnu avant que l'article 2279 du Code civil ne l'eût consacré ». Bourjon fait remonter cette formule à la pratique du Châtelet. Cf. Bourjon, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris*, L. VI, t. 8, chap. 3, sect. 1, cité par Henri Roland et Laurent Boyer, *Adages du droit français*, Lyon, L'Hermès, 1978, 3e édition, Paris, Litec, 1992, p. 213.

²⁷ Cf. Alain Sériaux, « Les enjeux éthiques de l'activité de *iurisdictio* », in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Jean-Marie Carbasse et Laurence Depambour-Tarride (dir.), coll. Droit et justice, dirigée par Guillaume Drago, Paris, 1999, p. 297.

²⁸ Cf. *Vocabulaire juridique*, par Gérard Cornu *et al.*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, 1987, 2e éd., 1990, V° : Principe. Les principes généraux du droit désignent également les « règles admises par la jurisprudence comme s'imposant à l'administration et à ses rapports avec les particuliers, même sans texte, et ayant une valeur égale à celle de la loi, de sorte que celle-ci peut y déroger et que, au contraire, l'administration et le pouvoir réglementaire doivent les respecter » (*ibid.*).

tion »²⁹ de bien des règles de droit inclut la *bonne foi*³⁰. « L'autorité que la loi attribue à la chose jugée » est explicitement citée par l'article 1350 du Code civil qui énumère un certain nombre de présomptions légales, l'article 1351 n'ayant d'autre objet que de préciser les conditions dans lesquelles l'autorité de chose jugée peut s'attacher à une décision juridictionnelle³¹.

Et lorsqu'aucun texte légal n'est susceptible de prendre la place du principe *visé*, on peut constater que le principe général du droit « flirte » tout de même avec la loi. Ainsi, l'enrichissement sans cause, en tant qu'il s'analyse en une source extracontractuelle d'obligation, ne s'écarte guère de l'article 1371 du Code civil qui définit le quasi-contrat, même s'il constitue une « théorie prétorienne autonome »³². Innombrables sont par ailleurs les règles édictées par le Code civil pour concrétiser l'interdiction de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui³³.

Quant à la nécessité d'assurer l'égalité des parties à une instance, elle résulte concrètement de l'application de l'article 14 du nouveau Code de procédure civile – édictant une règle aussi ancienne que l'adage qu'il a grossièrement traduit³⁴, ainsi que des autres « principes » directeurs du procès, mais encore de l'exigence d'impartialité formulée par l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950³⁵.

De son côté, le Professeur Alain Sériaux ne propose, en note, que deux exemples de ces « principes généraux du droit très prétoriennelement formulés » auxquels renverraient les « nouveaux types de visas » élaborés par nos juridictions supérieures, dont l'auteur soutient qu'elles « savent se passer d'une "base légale" »³⁶.

Nous n'insisterons pas sur le premier exemple cité : « Nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui », qui illustre tout au plus une manière nouvelle de faire

²⁹ Cf. Henry Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé* (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs), Paris, Sirey, 1948, p. 49, n° 50. On se souvient que, selon ce « maître » de la procédure civile, inspirateur des « principes directeurs du procès » inaugurant le nouveau Code de procédure civile, « Le syllogisme juridique se formule comme suit :

"Telle présupposition étant donnée, tel effet juridique en découle -

Or, le "cas particulier" est contenu dans cette présupposition -

Donc l'effet juridique envisagé se produit dans ce cas particulier". »

³⁰ Cf. par ex. les articles 1134, 201, 549, 550, 2268 du Code civil.

³¹ Sur l'autorité de la chose jugée attachée aux transactions, cf. l'art. 2052 du Code civil.

³² Cf. *Vocabulaire juridique*, préc., V° Enrichissement.

En vertu de cette théorie, celui qui s'est enrichi sans cause au détriment d'autrui est tenu envers l'appauvri d'une indemnité égale à la moindre des deux sommes que représentent l'enrichissement et l'appauvrissement.

³³ Cf. en particulier les art. 555, al. 3 et 4, 570, 861, 862, 1241, 1312, 1375, 1377, 1433, 1437, 1673, 1864, 1948 du Code civil.

³⁴ Le rythme perceptible de l'adage : *Audiat/et/altera pars* (4/1/4) manifeste « la parfaite égalité entre les parties, la *symétrie* que doit respecter le juge dans l'audition du demandeur *et* du défendeur. Le même temps de parole doit être accordé à chacun. La partition judiciaire doit être jouée suivant une *mesure* marquée par l'objectivité d'un métronome. » Cf. Marie-Aleth Trapet, *Les adages, souvenirs d'enfance du droit*, thèse préc., p. 130. Plus généralement, sur la supériorité rhétorique de l'adage par rapport au texte de l'art. 14 du nouveau Code de procédure civile, cf. Marie-Aleth Trapet, thèse préc., p. 114-115.

³⁵ Sur cette importance disposition, cf. *infra*.

³⁶ Cf. Alain Sériaux, *art. préc.*, p. 297.

référence à la théorie de l'enrichissement sans cause, mais qui ne constitue rien d'autre que la traduction de l'ancien adage « *Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiolem* » qui nous vient du Digeste de Justinien ³⁷.

À côté de ce visa qui, faute de « base légale » explicite dans le droit français, va retrouver – sinon rechercher – les sources du droit romain écrit, Alain Sériaux nous propose un deuxième exemple de visa *prétorien* apparu « plus récemment » ³⁸ : « Nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage » ³⁹.

À une époque où nombre de litiges soumis aux juridictions civiles trouvent leur origine dans un conflit de contiguïté, où l'on tente de protéger un environnement souvent dégradé, assistons-nous à la consécration d'un principe véritablement *prétorien* ?

L'examen des arrêts rendus par la Cour suprême, dont il y a lieu de se réjouir qu'elle donne forme à de nouveaux principes – qui ressemblent à s'y méprendre à des adages –, permet de constater que lorsqu'elle a visé « le principe que nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage », c'est que la solution du litige ne pouvait pas passer par l'application des règles du droit commun de la responsabilité civile. Depuis plusieurs années déjà, la Cour de cassation avait jugé que l'absence de faute ne suffisait pas à écarter la responsabilité de l'auteur d'un trouble du voisinage ⁴⁰. Au regard des circonstances des espèces soumises à la censure de la Haute juridiction, les arrêts énonçant ce beau principe ne pouvaient être rendus au visa des articles 1382, 1383 ou 1384, alinéa 1, du Code civil ⁴¹.

Mais l'appréciation de l'*anormalité* des troubles causés à un citoyen par son voisinage restera-t-elle longtemps confiée au juge ? Force est de constater que la loi ne cesse de faire irruption dans le domaine qui nous occupe. L'arsenal juridique permettant de lutter contre les bruits qui agressent – ou seulement agacent – les oreilles des citoyens français ne cesse de se renforcer.

³⁷ Cf. D. 50, 17, 206. Les Professeurs Roland et Boyer proposent cette traduction : « D'après le droit naturel, il est équitable que nul ne s'enrichisse injustement au détriment d'autrui ». Cf. *Adages du droit français*, préc., p. 378. Sur l'utilisation indifférente, par la Cour de cassation, des mots *adage*, *maxime*, *règle* ou encore *principe général*, pour nommer ces formules héritées de la tradition, cf. Marie-Aleth Trapet, Thèse préc., p. 43.

³⁸ Cf. Alain Sériaux, art. préc., p. 297, note 4.

³⁹ Les Professeurs Philippe Le Tourneau et Loïc Cadiet fournissent, quant à eux, les références des arrêts dans lesquels la Cour de cassation exprime par « un principe *prétorien* » la nouvelle « responsabilité objective spécifique » constituée par l'*anormalité* du trouble causé au voisinage. Cf. *Droit de la responsabilité*, Dalloz Action, 1998, n° 3292.

⁴⁰ Cf. Cass. civ. 2e, 3 janv. 1969, *J.C.P.* 1969, II, 15920, note Mourgeon ; Cass. civ. 3e, 3 nov. 1977, *D.*, 1978, p.434, note Francis Caballero.

⁴¹ Cf. notamment Cass. civ. 3e, 24 oct. 1990, *Bull.*, III, n° 205, p.118-119 ; Cass. civ. 3e, 28 juin 1995, *Bull.*, III, n° 222 ; Cass. civ. 3e, 17 avril 1996, *Bull.*, III, n° 108, p. 69-70.

Il n'est pas sans intérêt d'observer que la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a préféré viser les articles 1147 et 1382 du Code civil pour rejeter un pourvoi formé contre un arrêt rendu à l'encontre du franchiseur d'un exploitant de station de lavage de véhicules. Des voisins de cette station installée dans une zone résidentielle s'étaient plaints de troubles anormaux de voisinage. Mais ledit franchiseur n'était pas un *voisin*... Comme le note le Professeur Bertrand Fages en commentant cet arrêt rendu le 21 mai 1997, si *nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage*, « ce "nul" ne doit pas être cherché trop loin, sauf à rebaptiser la théorie et considérer qu'elle frappe d'autres personnes que celles situées dans l'environnement immédiat de la victime ». Cf. *D.*, 1998, jurispr., p. 152.

L'article L.141-2 du Code de l'aviation civile, tel qu'il résulte du décret n° 67-333 du 30 mars 1967, avait déjà fait peser une responsabilité de plein droit sur l'exploitant d'aéronefs, pour les dommages causés par les évolutions des appareils qui dépasseraient les inconvénients normaux de voisinage.

La loi n° 80-502 publiée le 4 juillet 1980 a introduit dans le Code de la construction et de l'habitation un cas d'exonération de responsabilité en cas de préexistence de certains troubles anormaux de voisinage par rapport à la construction ou l'acquisition d'un bâtiment ⁴².

La date du 18 avril 1995 marque la publication d'un décret n° 95-408 « relatif à la lutte contre *les bruits de voisinage* et modifiant le code de la santé publique » ⁴³. L'appréciation de *l'anormalité* du bruit ne relève plus de la subjectivité du juge ⁴⁴, puisque les « valeurs limites admissibles » de « l'émergence » des bruits de voisinage sont désormais déterminées avec la plus grande précision, au décibel près ⁴⁵. La mesure du bruit nécessite aujourd'hui l'utilisation d'un sonomètre dans des conditions elles-mêmes strictement définies.

Plus récemment encore, un décret a été publié ⁴⁶ pour réglementer les bruits tolérables dans les établissements diffusant de la musique. D'autres textes ⁴⁷ sont en cours d'élaboration pour fixer les conditions d'exercice de certaines activités telles que les

⁴² Il faut préciser que l'art. L. 112-16 du Code de la construction et de l'habitation n'a fait que reprendre l'art. L. 421-9 du Code de l'urbanisme, issu d'une loi du 31 décembre 1976. Selon ce texte : « Les dommages causés aux occupants d'un bâtiment par des nuisances dues à des activités agricoles, industrielles, artisanales ou commerciales, n'entraînent pas droit à réparation lorsque le permis de construire afférent au bâtiment exposé à ces nuisances a été demandé ou l'acte authentique constatant l'aliénation ou la prise de bail établi postérieurement à l'existence des activités les occasionnant dès lors que ces activités s'exercent en conformité avec les dispositions législatives ou réglementaires en vigueur et qu'elles se sont poursuivies dans les mêmes conditions ».

Les auteurs soulignent que l'article L. 112-16 est « entré en vigueur dès la publication de la loi du 4 juillet 1980, bien que les textes d'application prévus par cette loi n'aient pas été pris »... Cf. *Dictionnaire permanent de construction*, V° Troubles de voisinage, feuillets 135, n° 18 a, p. 3611.

⁴³ C'est nous qui soulignons. Ce texte abroge le décret n° 88-523 du 5 mai 1988 pris pour l'application de l'art. L. 1 du Code de la santé publique et relatif aux règles propres à préserver la santé de l'homme contre *les bruits de voisinage*.

⁴⁴ Les art. R. 48-1 à R. 48-5 résultant de ce décret ne concernent cependant que le juge pénal.

⁴⁵ Cf. l'article R. 48-4 du Code de la santé publique. Une certaine marge d'appréciation personnelle pourra cependant provenir de ce que « l'émergence est définie par la différence entre le niveau de bruit ambiant, comportant le bruit particulier en cause et celui du bruit résiduel constitué par l'ensemble des bruits habituels, extérieurs et intérieurs, dans un lieu donné, correspondant à l'utilisation *normale* des locaux et au fonctionnement *normal* des équipements ». Où l'on retrouve, à travers la *normalité*, l'envers de la notion d'*anormalité* qui constitue le pivot de la construction prétorienne, dont l'« imprécision, voire l'arbitraire » sont dénoncés par la doctrine. Cf. sur ce point la note précitée de Francis Caballero, sous Cass. civ. 3e, 3 nov. 1977, *Recueil Dalloz Sirey*, 1978, jurispr., p. 436.

⁴⁶ Décret n° 98-1143 du 15 décembre 1998 relatif aux prescriptions applicables aux établissements ou locaux recevant du public, in *J. O.* 16 déc. 1998, p. 18955 et s.

⁴⁷ Pris sur le fondement de l'art. 6 de la loi n° 92-1444 du 31 décembre 1992 relative à la lutte contre le bruit.

compétitions de sports mécaniques, les sports et loisirs de plein air, les chantiers et les activités économiques.

On imagine la place qui sera laissée dans quelques années – voire dans quelques mois – au discernement du juge et à son rôle de création du droit...

L'intérêt de la formulation de principes généraux du droit consiste dans la solennité donnée à une règle légale⁴⁸ ou encore dans l'extension à un contentieux nouveau des principes plus généraux encore qui honorent notre droit.

Mais en France, la maladie légiférante laisse peu de place aux créations prétoriennes, et il y a fort à parier que les principes élaborés par la Cour de cassation deviendront rapidement pré-texte à la promulgation d'une loi ou d'un décret qui édictera, sous une forme probablement moins poétique, l'interdiction faite à chacun de causer à autrui un trouble anormal de voisinage. Le juge ne s'est pas réellement « substitué au législateur dans la révélation du droit ». En tout cas, si la règle de droit énoncée était véritablement prétorienne, elle ne le serait pas durablement, car dans notre beau pays, il n'est pas de problème identifié qui ne reçoive une « solution » législative ou réglementaire.

Après avoir examiné quelques principes prétoriens rencontrés dans les décisions récentes de la Cour suprême, il nous faut donc bien constater que le droit français n'est pas devenu un droit jurisprudentiel. Le droit américain est par essence contentieux. Le droit français, lui, reste ordonnateur, normatif.

Dans la mesure où la jurisprudence ne constitue pas une source autonome de droit, dès lors surtout que le législateur manifeste une propension de plus en plus grande à occuper tout le champ du droit, voire de la vie, il n'est guère pensable que les auxiliaires de justice soient tentés de viser des arrêts rendus par la Cour de cassation pour fonder juridiquement leurs prétentions. Une dérive américanisante n'apparaît guère à craindre par ce biais.

En toute hypothèse, comme le rappelle le Professeur Alain Sériaux dans sa contribution à un ouvrage consacré à *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, « ni les sentences de la Cour de cassation ni celles du Conseil d'État ne constituent en France des précédents dotés de force obligatoire pour les juges inférieurs »⁴⁹. Cette interdiction des « arrêts de règlement » est d'ailleurs évidemment codifiée, l'article 5 du Code civil rappelant qu'« il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. »

⁴⁸ Commentant la décision rendue le 22 octobre 1982 par le Conseil constitutionnel (*D.* 1983, 189, note Luchaire), les Professeurs le Tourneau et Cadiet soulignent qu'en prohibant, du point de vue des victimes, les discriminations en matière de responsabilité, et en déclarant contraire au principe général – ayant valeur constitutionnelle – de l'égalité des citoyens devant la loi un texte de loi privant de toute réparation les victimes de dommages résultant de fautes se rattachant à l'exercice du droit de grève par certaines personnes, le Conseil constitutionnel a « implicitement admis l'existence d'un principe général du droit, contenu depuis des siècles dans le *corpus* juridique, mais qui n'avait jamais été reconnu comme tel avec une force semblable : toute victime d'un dommage causé par la faute civile d'une personne de droit privé est en droit d'obtenir réparation du dommage subi ». Cf. Philippe le Tourneau et Loïc Cadiet, *Droit de la responsabilité*, Dalloz Action, 1998, n° 1267. Cf. également les n° 18 et 3062 de cet ouvrage.

⁴⁹ Alain Sériaux, art. préc., p. 297.

On le vérifie à nouveau : l'expérience américaine n'est pas à vivre comme le présage du retour à un gouvernement des juges.

Peut-être la place laissée à la jurisprudence dans un système juridique donné a-t-elle une incidence sur le statut du juge ? La comparaison du sort réservé au juge aux États-Unis et en France autorise à en émettre l'hypothèse.

En effet, là où le juge américain, homme de prestige, dispose de moyens considérables pour exercer son office, les moyens mis à la disposition du juge français restent dérisoires. Jean-Denis Bredin l'a exprimé avec justesse et réalisme : En France, « nul "gouvernement des juges" : plutôt une administration sous-équipée, où chacun essaie de bien tenir sa fonction. Ce qui pourrait menacer notre justice est moins une ambition dominatrice que l'indifférence, ou même le dégoût, d'un juge tenu à l'écart par un statut financier médiocre dans une société où les hiérarchies sociales semblent exprimées par les hiérarchies de rémunérations, d'un juge qui travaille dans des conditions matérielles vétustes, souvent humiliantes. »⁵⁰

Où se situerait donc le prestige du juge français ? On peut vraiment se le demander... Non : ce gouvernement des juges, qui caractérise selon Michel Crozier le « mal américain »⁵¹, ne se rencontre assurément pas en France. Le juge français est dépourvu de prestige. Il ne fait pas la loi ; il l'applique.

Et même lorsque le législateur français perd une part de sa souveraineté, le juge ne gagne rien en prestige. Si le juge français se voit désormais reconnaître compétence pour interpréter lui-même les textes internationaux dont l'intégration au droit interne se trouve par là proclamée⁵², il n'en reste pas moins serviteur de la loi. Simplement, au lieu d'appliquer le seul droit français, il applique aussi le droit européen.

On sait, en effet, que la Convention européenne des droits de l'homme est directement applicable en droit interne⁵³, ce qui permet au juge français d'apprécier la conformité des lois internes à l'ordre public constitutionnel européen exprimé à travers cette Convention.

Les prescriptions du droit européen influent de plus en plus sensiblement sur les systèmes nationaux des États membres, au point que le législateur national n'est plus souverain, dans toute la mesure où la loi doit non seulement être conforme à la Constitution mais encore à des conventions supranationales toujours plus nombreuses.

Comme l'a écrit récemment Monsieur Jean Foyer, « de plus en plus l'État justicier, duquel émane en droit interne toute justice, est devenu un État justiciable. Il répond

⁵⁰ Jean-Denis Bredin, « Un gouvernement des juges ? », in *Qui gouverne la France ?*, *Pouvoirs*, n° 68, Paris, 1994, p. 83. Cf. également Jean-Claude Magendie et Jean-Jacques Gomez, *Justices*, Atlas Economica, Paris, 1986, p. 31 et s.

⁵¹ Michel Crozier, *Le mal américain*, Fayard, Paris, 1980, p. 247-278.

⁵² De même que le Conseil d'État se voit investi du contrôle dit « de conventionnalité », lorsque se pose le problème de l'application d'un traité par le juge administratif.

⁵³ Dans la dynamique de la construction européenne, l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 aux termes duquel « les traités ou accords régulièrement ratifiés et approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie », a acquis une portée considérable. Cf. également le Préambule, toujours valable, de la Constitution du 27 octobre 1946.

même de ses lois, devant des juges qui sont eux-mêmes sans supérieurs et qui font la loi par leur jurisprudence. »⁵⁴

Il est vrai que, de manière à assurer l'effectivité des droits proclamés par les institutions européennes, deux juridictions ont été instituées par traités qui, telles des Cerbères, veillent sur l'application des normes européennes : la Cour de justice des Communautés européennes (C.J.C.E.), dont le siège est à Luxembourg⁵⁵, et la Cour européenne des droits de l'homme, installée à Strasbourg⁵⁶.

Le grand juriste, ancien Garde des Sceaux, ne suggère-t-il pas implicitement, en évoquant ces juges européens « qui font la loi par leur jurisprudence », que la Cour européenne se comporterait à la manière... d'un juge américain ? En réalité, ce juge européen n'a d'américaine que l'apparence, puisqu'il impose de nouvelles exigences procédurales qui doivent constituer autant de garanties pour les justiciables, puisqu'il se bat pour une justice de qualité, qui rende à chacun ce qui lui est dû - *suum cuique tribuere*.

Toutefois, la place que tient aujourd'hui dans notre droit la Convention européenne des droits de l'homme, et singulièrement son article 6-1, pourrait nous offrir une autre piste pour enquêter sur l'hypothèse – sinon le risque – de l'américanisation de notre justice.

En effet, il est un mot que l'on retrouve – ici comme substantif, là comme adjectif –, à la fois dans les droits anglo-saxons et dans le droit « supranational » européen. Il s'agit de l'équité, qui se décline dans la Convention européenne des droits de l'homme et devant la Cour du même nom en « procès équitable ».

C'est à travers l'approche de cette notion d'équité que nous allons tenter de vérifier – ou d'infirmer – l'hypothèse de l'américanisation de l'institution judiciaire française.

On sait déjà que l'équité ne joue pas aujourd'hui le même rôle en droit français et en droit américain.

⁵⁴ Jean Foyer, « La judiciarisation en délire ou de l'abus du droit en un nouveau sens », in *L'avenir de droit, Mélanges en hommage à François Terré*, préc., p. 760. L'auteur rappelle que la France a été l'État le plus souvent attrait devant la Cour européenne. En onze ans, de 1982 à 1993, 2 226 requêtes ont été déposées contre elle. Elles ont presque toutes été jugées irrecevables. Sur quarante-sept arrêts rendus dans des causes introduites contre la France, vingt-cinq ont été des arrêts déclaratoires de violation d'un droit garanti par la Convention européenne des droits de l'homme.

⁵⁵ Elle connaît des litiges qui surviennent entre États et institutions de l'Union européenne sur toute question relative à l'application du droit communautaire et répond aux questions que lui posent les juridictions des différents États membres quant à l'interprétation ou à l'appréciation de la validité des normes communautaires.

⁵⁶ Cette Cour, permanente depuis novembre 1998, peut notamment être saisie, après épuisement des voies de recours internes, par tout citoyen de l'un des États signataires de la Convention européenne des droits de l'homme qui estime pouvoir se plaindre d'une méconnaissance des principes proclamés par ladite convention. Sur les audaces procédurales de cette Cour qui outrepassent ses attributions, cf. Jean Foyer, « La judiciarisation en délire ou de l'abus du droit en un nouveau sens », in *L'avenir de droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz-PUF-Éd. du Jurisclasseur, 1999, p. 756.

Le droit américain – si l'on peut s'exprimer ainsi pour évoquer le droit de la plus grande puissance mondiale qui se caractérise par l'émiettement de sa souveraineté⁵⁷ – repose sur un *corpus* d'innombrables précédents judiciaires, eux-mêmes tirés des principes de *common law* et d'*equity* qui constituent le fondement des droits d'origine anglo-saxonne.

L'équité ainsi entendue sert à compléter, à corriger ou encore à humaniser les règles de droit.

L'équité jouait un peu ce rôle au moment de la promulgation du Code civil. Portalis écrivait alors : « Si l'on manque de lois, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives »⁵⁸.

Mais aujourd'hui, en France, on pêche plutôt par excès de textes normatifs, ce qui rend pratiquement sans objet la fonction correctrice⁵⁹, modératrice, voire supplétive du droit par l'équité.

Voici pourtant que, contre toute attente, contre toute logique, l'équité revient en force. On assiste en effet depuis quelques années dans notre pays à une véritable « juridicisation de l'équité »⁶⁰, dont l'appréciation devient « affaire de raison plus que d'intuition »⁶¹.

Mais l'équité dont je voudrais parler aujourd'hui, c'est celle qui nous revient sous une forme nouvelle, sous une forme adjectivée qui donne à ce concept un sens nouveau. L'équité réapparaît en effet dans notre droit à travers la notion de « procès équitable », cette expression qui est en train de bouleverser le droit du procès⁶².

⁵⁷ Ainsi que l'écrit le Professeur André Tunc dans l'introduction de son article consacré au droit des États-Unis dans l'*Encyclopaedia Universalis* : « Le trait le plus fondamental du droit des États-Unis, c'est qu'il n'existe pas. » (V^o États-Unis, 5. Le droit des États-Unis, vol. 6, 636 a).

⁵⁸ L'équité a également été consacrée comme fondement autonome d'une solution juridique dans des situations explicitement visées par le Code civil. Cf. les art. 565 et 1135 de ce Code, dès sa rédaction de 1804. Cf. aussi l'art. 815-13, tel qu'il résulte de la loi n^o 76-1286 du 31 décembre 1976 et l'article 280-1, al. 2 issu de la loi n^o 75-617 du 11 juillet 1975 réformant le divorce.

⁵⁹ Cf. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, ch. V.

⁶⁰ Pour reprendre une formule du regretté Bruno Oppetit, in *Philosophie du droit*, Préface de François Terré, Dalloz « Précis droit privé », 1999, p. 121.

⁶¹ Bruno Oppetit, *op. cit.*, p. 124. Le philosophe du droit évoque la tendance du droit substantiel à l'absorption de l'équité, qu'il s'agisse du droit civil, du droit public ou du droit international, mais aussi la place de l'équité en droit processuel, que ce soit dans le procès judiciaire ou dans le procès arbitral (cf. p. 121-126).

⁶² Cf. Bruno Oppetit, « Justice étatique et justice arbitrale », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 418 : « La justice, globalement considérée et quelles que soient les voies par lesquelles elle est rendue, tend à s'organiser de nos jours en fonction d'une éthique communément partagée : la notion de *procès équitable*, qui possède désormais une résonance universelle : elle apparaît comme la traduction d'exigences supérieures, sans considération de la source (droit naturel, principes généraux du droit, ordre public "réellement international) dont elle serait susceptible de découler ; cette philosophie du procès, sinon de la Justice dans toutes ses modalités institutionnelles, transcende progressivement les clivages nationaux ou techniques, pénètre dans les droits positifs et contribue largement à restituer une unité de but à la fonction de juger. »

L'article 6-1 de la Convention européenne dispose en effet – est-il besoin de le rappeler ici ? – : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue *équitablement*⁶³, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. »⁶⁴

Le droit à un « procès équitable » est sur toutes les lèvres ; il figure en bonne place dans le texte de tous les recours, qu'il soit invoqué devant la Cour européenne des droits de l'homme ou devant quelque juridiction que ce soit. Le droit à un « procès équitable » se présente aujourd'hui comme l'élément essentiel de « l'instrument constitutionnel d'un ordre public européen »⁶⁵ que représente la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Le souci quasi obsessionnel du juge moderne, c'est de favoriser un « procès équitable ».

Cette notion renferme toute la mesure des exigences de la jurisprudence européenne. Quelles sont donc ces garanties que chaque justiciable, que chaque citoyen européen est en droit d'attendre de sa justice ? Qu'est-ce donc qu'un procès équitable ?

La notion est aisée à définir – en tout cas à approcher – puisqu'aussi bien la jurisprudence de la Cour européenne ne cesse de l'affiner, au travers des innombrables décisions rendues sur le fondement de l'article 6-1 de la Convention⁶⁶.

En matière civile, un « procès équitable », c'est un procès loyal, un procès qui offre aux protagonistes l'égalité des armes, en un mot : un procès équilibré⁶⁷ ; il suppose tout à la fois une audience publique, l'accès à un tribunal indépendant, impartial, respectueux des règles de la procédure, et qui rend une décision motivée dans un délai raisonnable⁶⁸, le droit... à une bonne justice. La Cour européenne a même proclamé, en

⁶³ C'est nous qui soulignons.

⁶⁴ L'exigence d'un procès équitable figurait déjà à l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948. Toutefois, comme le rappelle Serge Guinchard (art. préc., p. 1), aucun organe de contrôle n'ayant alors été mis en place, ce texte n'avait valeur que d'un idéal à atteindre.

⁶⁵ C.E.D.H., 23 mars 1995, *Loizidou*, Série A, n° 310, § 75.

⁶⁶ Sur cette question, cf. Martine Fabre : « Le droit à un procès équitable, Étude de jurisprudence sur l'application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme », in *J.C.P.*, 1998, I, 157 ; cf. également Mireille Delmas-Marty, « Vers une autre logique : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Recueil Dalloz*, 1988, chron., 221 s. On trouvera également des exemples d'applications du « droit d'être entendu » dans l'article de Georges Flécheux, « Le droit d'être entendu », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 149-165.

⁶⁷ Le mot *aequitas* est dérivé de l'adjectif *aequus* qui signifie : uni, plan dans le sens horizontal, qui ne présente pas d'inégalités, qui ne penche d'aucun côté. Cf. *Dictionnaire étymologique de la langue latine, Histoire des mots*, par A. Ernout et A. Meillet, revu par Jacques André, Paris, Klincksieck, 1932, 4e éd., 1985, V° : *aequas*. Le sens physique originnaire du mot sied parfaitement à la recherche d'une procédure qui veille à ce que les plateaux de la balance de la justice pèsent le même poids avant que le juge ne « soupèse » la valeur des moyens invoqués et des preuves apportées par les parties au soutien de leurs allégations.

⁶⁸ Chacun de ces impératifs constitue l'une des « conditions d'une exigence unique : le droit à un procès équitable », pour reprendre l'expression utilisée par le Procureur général Burgelin dans les conclusions développées devant l'assemblée plénière du 6 novembre 1998. [p. 117-135] M.-D. TRAPET *Arch. phil. droit* 45 (2001)

1997, le droit à l'exécution des décisions de justice comme composante du droit à un procès équitable ⁶⁹.

Pour exprimer les choses de manière un brin provocante, nous pourrions dire qu'ainsi caractérisé, le « procès équitable », serait à peu près tout le contraire du procès... américain !

On le voit bien : l'équité dont il est question ici ne remplit pas une fonction de complètement du droit telle que l'exerçait en Angleterre le chancelier d'*equity* et avant lui, à Rome, le préteur ⁷⁰. Il ne s'agit pas, grâce à l'équité, de corriger, de réformer le droit, ou de le mettre en accord avec les aspirations de l'époque.

L'équité du procès se situe « aux antipodes de l'équité *subjective*, arbitraire et intuitive, mise en œuvre *in concreto* pour assouplir ou adapter la règle de droit strict. On est au contraire en présence d'une équité *objective*, dotée d'une valeur générale, destinée à assurer l'existence et le respect des garanties fondamentales d'une bonne justice. » ⁷¹

Cela est tellement vrai que, dans la version anglaise de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, l'équivalent du mot français « équitablement » n'est pas « *equity* », mais « *fair* », c'est-à-dire loyal ⁷².

Alors que l'équité est une notion *morale juridicisée*, le procès équitable apparaît bien plutôt comme une notion *juridique moralisée*.

Ainsi donc, face à la dérive américaine que nous décrit Laurence Engel ⁷³, le juge français, placé sous haute surveillance, a peu de risques de suivre le contre-modèle américain et de se comporter en shérif. Et les décisions qu'il rend « *Au nom du peuple français* » bénéficient de plus en plus du label de qualité européen ⁷⁴ : « procès équitable ».

⁶⁹ Arrêt *Hornsby c/la Grèce*, C.E.D.H., 19 mars 1997, *J.C.P.*, 1997, II, 22949, note Dugrip et Sudre.

⁷⁰ En droit canonique aussi, l'équité occupe une place de choix.

⁷¹ Bruno Oppetit, *op. cit.*, p. 124.

⁷² Il faut dire que la loyauté n'est pas absente de l'équité, celle-ci étant habituellement définie comme « la qualité d'être loyal et raisonnable d'une manière qui donne à chacun un traitement égal. » (*English language dictionary*, Collins).

⁷³ Cf. Laurence Engel, « Vers une nouvelle approche de la responsabilité. Le droit français face à la dérive américaine », in *Esprit*, juin 1993, p. 5 et s.

⁷⁴ Le seul respect des « principes directeurs du procès » édictés par le nouveau Code de procédure civile suffisait à garantir au justiciable un procès *public* (art. 22), un juge *indépendant et impartial* (du fait de l'obligation de réserve édictée à l'art. 24 et aux possibilités d'abstention, de récusation et de renvoi à une autre juridiction pour cause de suspicion légitime offertes par les art. 339 à 364 du N.C.P.C.), la juridiction de jugement étant *établie par la loi* (conformément aux dispositions très précises du Code de l'organisation judiciaire). Le justiciable français se voyait même offrir, comme « par surcroît », un débat contradictoire non explicitement prévu par l'art. 6-1 de la Convention européenne, mais nécessairement « compris » dans l'exigence d'équité. Sur ce point, cf. *Droit et pratique de la procédure civile*, Serge Guinchard (dir.), Dalloz action 1999, n° 2155 à 2161. En revanche, aucun texte de l'arsenal juridique français ne pouvait lui garantir que sa cause serait entendue (et moins encore jugée) *dans un délai raisonnable*...

S'agissant du procès pénal, Dominique Karsenty, conseiller référendaire à la Cour de cassation, souligne que « le cadre de référence [de la Chambre criminelle] reste avant tout les sources de droit interne, complétées ou éclairées le cas échéant par une disposition de la Convention [européenne] ». Cf. « La garantie d'un procès équitable dans la jurisprudence récente de la Chambre criminelle », in *Rapport de la Cour de cassation 1996*, p. 140.

La Cour de cassation elle-même se montre particulièrement sensible à la jurisprudence de la Cour européenne. En effet, après avoir dû, à plusieurs reprises, s'incliner devant la jurisprudence élaborée à Strasbourg⁷⁵, elle en arrive maintenant à anticiper sur ses décisions, au regard en particulier de l'exigence d'impartialité du juge⁷⁶. C'est ainsi qu'elle demande au tribunal⁷⁷, alors que l'impartialité de ses membres – en leur for interne – n'est pas douteuse, de donner supplémentairement l'apparence de l'impartialité⁷⁸.

Le Doyen Serge Guinchard va jusqu'à suggérer que, dans un souci pédagogique d'information du justiciable et de transparence, la Cour suprême envisage la publication, dans le *Rapport annuel de la Cour de cassation*, des décisions de la Cour européenne qui ont donné lieu à une procédure en rectification et à une action en réparation⁷⁹.

Le Conseil d'État n'est pas en reste, lui qui a modifié sa jurisprudence pour imposer la publicité des audiences aux juridictions disciplinaires⁸⁰.

⁷⁵ Ainsi dans les arrêts rendus le 11 décembre 1992 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sur la question sensible du changement d'état civil des transsexuels (ccl. Avocat général Jeol, *Gaz. Pal.* 11-15 avril 1993, p. 10 et s.). Cf. également Claude Lombois, « La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.*, 1992, chron. LXVI, p. 323 et s.

⁷⁶ Sur la surenchère à laquelle s'est livrée la Cour suprême dans son arrêt rendu en assemblée plénière le 4 novembre 1998, cf. Marie-Anne Frison-Roche, « L'impartialité du juge », in *D.*, 1999, chron., p. 55, n° 20.

On pourrait voir aussi dans la rigueur nouvelle de la Cour suprême au regard de l'appréciation de l'impartialité du juge sa volonté de manifester à la face de la Chancellerie la nécessité d'augmenter le nombre des magistrats de manière à ce qu'un même juge ne soit pas contraint, pour des raisons d'effectifs (et donc budgétaires), de statuer à la fois comme juge des référés et juge de la mise en état, avant de rejoindre la formation collégiale de la chambre statuant au fond, et cela dans une même juridiction.

⁷⁷ Cf. Ass. plén., 6 nov. 1998, *D.*, 1999, concl. J.-F. Burgelin, p. 1 et s. ; *J.C.P.*, 1998, II, 10198, rapport P. Sargos.

⁷⁸ Sur cette question de l'impartialité « qui se donne à voir », cf. Marie-Anne Frison-Roche, « L'impartialité du juge », art. cit. p. 54-55 ; et « L'injustice racontée aux enfants. De la littérature au droit », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, op. cit., p. 199-208 (en particulier n° 32, p. 206-207). Cf. également *Droit et pratique de la procédure civile*, Serge Guinchard (dir.), Dalloz action 1999, n° 2134 et 2169.

Sur les éventuelles violations par la Cour de cassation du droit à un tribunal impartial, cf. Serge Guinchard, « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? (Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ?) », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, préc., p. 761-780 (voir en particulier n° 5 à 11).

⁷⁹ Serge Guinchard, « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? », préc., p. 779.

⁸⁰ *Aff. Maubleu*, 14 févr. 1996. Le Conseil d'État avait été saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre l'art. 192 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1992 réglementant la procédure disciplinaire applicable aux avocats. Il n'est pas sans intérêt d'évoquer ici la question soulevée par la procédure applicable aux litiges nés à l'occasion d'un contrat de travail signé par un avocat salarié. L'art. 7, dernier § de la loi du 31 décembre 1971, tel que modifié par la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991, dispose en effet que « les litiges nés à l'occasion d'un contrat de travail sont soumis à l'arbitrage du bâtonnier, à charge d'appel devant la cour d'appel *siégeant en chambre du conseil* ». L'art. 150 du décret du 27 novembre 1992 précise que « les débats devant le bâtonnier ont lieu *hors la présence du public* ». L'examen des travaux parlementaires permet de vérifier que le problème de la compatibilité du texte légal avec l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme a été envisagé et débattu. [p. 117-135]

À la différence du citoyen américain, le citoyen français ne s'éprouve pas investi du droit de veiller au respect des principes fondamentaux gouvernant la légalité de l'action des pouvoirs publics.

Il faut dire qu'en France, ce sont les organes de régulation traditionnel⁸¹ ou des autorités indépendantes⁸², qui exercent cette mission de contrôle de la loi, illustrant par là même « la procéduralisation contemporaine de l'espace public »⁸³. En tout cas, nul citoyen ne songe, dans notre pays, à revendiquer pour soi ce droit au contrôle de la loi.

Les citoyens français ne parlent pas encore couramment la langue du droit. L'appropriation de l'institution judiciaire par les citoyens reste étrangère à la mentalité française, hormis bien sûr quelques cas pathologiques de ces quérulents processifs qui vont jusqu'à se ruiner en procès pour tenter de faire triompher une revendication parfois dérisoire⁸⁴ !

Ce qui intéresse à un titre tout particulier le citoyen français, ce n'est pas même « le droit », c'est son « bon droit ». Chacun de nous est convaincu qu'il est « dans son droit », qu'il « a le droit »,... voire qu'il a « tous les droits ». Ce droit, auquel se réfèrent aujourd'hui nos concitoyens – comme aussi les tenants des sciences sociales et les médias –, n'est manifestement pas le droit de l'appareil juridique⁸⁵. Or, ce sentiment de son « bon droit » qui habite tout justiciable, il va lui falloir le mettre en rapport avec une tout autre logique. C'est en effet au prétoire que le plaideur va pouvoir confronter son bon droit avec le droit objectif que va dire le juge. Le prétoire sera pour lui le lieu de passage obligé du bon droit au droit, le lieu ritualisé du conflit.

Notre tradition est suffisamment ancienne et forte pour nous protéger contre les excès de l'industrie judiciaire américaine.

L'intervention de M. Laurin au Sénat mérite d'être citée : « Ce n'est pas parce qu'un bâtonnier rend un arbitrage, ce n'est pas parce que la chambre du conseil d'une Cour d'appel prend une décision que les droits de l'homme sont le moins du monde menacés. Les droits de l'homme ne sont pas en cause, il n'y a aucune raison pour que nous nous disions en permanence que nous ne pouvons pas faire ceci ou cela sous prétexte que ce serait contraire à telle directive communautaire ou à telle décision de la Cour européenne statuant en matière de droits de l'homme. » Cf. *J.O. Débats parlementaires*, 8 nov. 1990, p. 3242. Cf. aussi les propos délicats de M. Dreyfus-Schmidt, p. 3243. L'examen des quelques décisions rendues sur le fondement de ce texte permet cependant d'observer que les cours d'appel appelées à statuer sur le fondement de l'art. 7 de la loi du 31 décembre 1971 ont évoqué l'affaire en audience publique, comme cela résulte de la lecture des arrêts rendus par les cours d'appel saisies à ce jour.

⁸¹ Conseil constitutionnel et Conseil d'État.

⁸² Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés et autres organes *ad hoc*.

⁸³ Loïc Cadiet, « Le spectre de la société contentieuse », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, préc., p. 48 (et la note 77).

⁸⁴ Sur les quérulents processifs, malades psychotiques dont le tableau clinique se caractérise par des idées délirantes permanentes, cf. *Manuel de psychiatrie*, Henri Ey, Paul Bernard et Charles Brisset, Paris-New York-Barcelone-Milan, Masson, 1960 (éd. 1978, p. 510).

⁸⁵ Cf. par exemple le numéro de la revue freudienne *Topique*, intitulé : « Avoir droit », n° 52, Paris, Dunod, Paris, 1993. Cf. également M.-D. Trapet, « La plainte du justiciable, l'impossible classement sans suite », in *Revue d'éthique et de théologie morale*, n° 208, mars 1999, p. 161-170.

La France peut s'enorgueillir de disposer d'un *corpus* législatif très important, d'une codification particulièrement abondante et somme toute cohérente, en dépit de l'inflation presque unanimement dénoncée.

En confiant aux juges la mission d'appliquer aux citoyens les règles générales ainsi édictées, l'État réduit la marge de manœuvre du juge et prévient de possibles excès de « pouvoir ».

Mais l'office du juge n'en est pas moins grand, dès lors qu'en disant le droit, le juge le « fait ».

La noblesse du juge français, c'est d'être le gardien de la loi. Car comme l'écrit le Professeur Marie-Anne Frison-Roche dans son bel article sur l'impartialité du juge, « La règle de droit n'a de sens que respectée, le droit subjectif n'a d'existence qu'à travers l'effectivité dont bénéficie son titulaire. Comme nous ne sommes pas dans l'ordre du respect spontané des lois et d'autrui, la perspective du procès est au cœur du système. Même si l'on peut considérer le procès lui-même comme un phénomène pathologique, sa virtualité ne l'est pas. Le recours au juge est la condition, le critère même du juridique, sans lequel le Conseil constitutionnel affirme qu'il n'y a pas de Constitution. La juridiction est donc la pierre angulaire, qui permet au droit d'être effectif, c'est-à-dire tout simplement d'exister. Sans juge, il n'y a pas vraiment de droit. »⁸⁶

« Le droit par les juges »⁸⁷ : oui, mais pas « le droit sans l'État législateur », pas « le droit avec l'État judiciaire conquis (ou reconquis) par ses juges »⁸⁸. Le droit par les juges, oui ; mais par des juges au service de la loi et du droit. Le juge, le vrai juge, ne se prend pas pour une star. Il n'est pas une star. C'est un fidèle serviteur de la justice. Il est « verbe du droit »⁸⁹. Et c'est ce qui fait sa grandeur.

Ainsi donc, au regard de l'institution judiciaire telle que nous l'avons entendue, si une influence s'exerce sur le droit français, ce n'est pas du côté du délire procédurier – ou procédural – américain qu'il nous faut la chercher, mais bien du côté du droit européen. En effet, ce sont les impératifs énoncés par la Convention et par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui, s'imposant en droit interne, inspirent – ou en tout cas engendrent – des réformes concernant les exigences procédurales et l'organisation judiciaire elle-même⁹⁰.

Dieu nous garde de l'impérialisme du Nouveau Monde et des excès du Vieux Continent !

⁸⁶ M.-A. Frison-Roche, « L'impartialité du juge », in *D.*, 1999, chron., p. 53. Le droit est, par nature, source de conflit. Cf. sur cette question François Terré, « Au cœur du droit, le conflit », in *La justice, L'obligation impossible*, William Baranés et Marie-Anne Frison-Roche (dir.), Paris, Autrement Série « Morales », 1994, p. 100-111.

⁸⁷ Cf. François Terré, « L'américanisation et le droit français », in *Philosophie politique*, préc., p. 138.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Cette belle et noble formule est encore du Professeur Terré (art. préc., p. 140).

⁹⁰ Sur ce point encore, cf. M.-A. Frison-Roche, « L'impartialité du juge », préc., p. 56-57.